

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE – UNESC
PRÁTICA JURÍDICA E PREPARAÇÃO PARA A MAGISTRATURA ESTADUAL
RAQUEL ROSSO

**A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA NO BRASIL: ASPECTOS
DESTACADOS DA DOUTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA**

Criciúma
2013

RAQUEL ROSSO

**A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA NO BRASIL: ASPECTOS
DESTACADOS DA DOUTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA**

Monografia submetida à Universidade do
Extremo Sul Catarinense – UNESC para
obtenção do título de Especialista em Prática
Jurídica e Preparação para a Magistratura
Estadual.

Orientador: Professor Fernando de Faveri

Criciúma

2013

Aos meus pais, as pessoas mais importantes na vida, que estão sempre abdicando de algo para garantir a minha contínua formação.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus pelo milagre diário, que é a vida, e por me concedê-la de forma tão maravilhosa, proporcionando continuamente saúde, força, dedicação e persistência para alcançar os meus objetivos, e aos meus pais pelos ensinamentos que culminaram e foram essenciais na construção da minha personalidade. Somente pessoas tão maravilhosas podem dar tamanho amor incondicional.

RESUMO

Este trabalho tem por escopo abordar a Teoria da Imputação Objetiva na visão de Claus Roxin, o qual introduz outros elementos para configuração do fato típico. A construção de um trabalho desta natureza impõe a observância de lógica que permita examinar de forma geral o instituto em que o objeto delimitado se insere. Para tanto, discorre-se no primeiro capítulo acerca do funcionalismo, bem como sobre as fases que antecederam à Teoria da Imputação Objetiva e, então, compreender a base desta teoria. Subsequentemente, falar-se-á sobre a Teoria da Imputação objetiva e os requisitos que a compõem, além dos institutos jurídico-penais sobre os quais ela se desenvolve. Por fim, no capítulo derradeiro, expõe-se sobre a adequação do instituto ao ordenamento jurídico brasileiro, enfatizando acerca de sua aplicação. Assim, para o desenvolvimento do presente caderno monográfico, utiliza-se o método hipotético-dedutivo, de cunho teórico, calcado em pesquisas bibliográficas.

Palavras-chave: bem jurídico, função do direito penal, funcionalismo, imputação objetiva, política criminal, risco não permitido.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1 BASES e ANTECEDENTES DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA.....	7
1.1 FUNCIONALISMO PENAL.....	7
1.2 TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA E SEUS ANTECEDENTES - BASES CLÁSSICAS DA TEORIA DO DELITO.....	11
1.3 NEXO DE CAUSALIDADE.....	13
2 TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA.....	15
2.1 CRIAÇÃO OU INCREMENTO DE UM RISCO PROIBIDO RELEVANTE.....	19
2.1.1 Risco Permitido e Risco Proibido.....	19
2.1.2 Diminuição do Risco.....	21
2.1.3 Princípio da Confiança.....	22
2.1.4 Proibição do Regresso.....	24
2.1.5 Consentimento e Participação da Vítima (Ações a Próprio Risco).....	24
2.1.5.1 Consentimento do ofendido.....	24
2.1.5.2 Ações a próprio risco.....	25
2.1.6 Cursos Causais Hipotéticos.....	27
2.2 REALIZAÇÃO DO RISCO NÃO PERMITIDO.....	28
2.3 RESULTADO PENALMENTE RELEVANTE.....	29
2.3.1 Princípio da Insignificância.....	31
3 A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA NO BRASIL.....	34
CONCLUSÃO.....	40
REFERÊNCIAS.....	42

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo a abordagem de um novo preceito para a construção da teoria do delito, a qual tem por base o funcionalismo teológico-racional, sendo chamada de Teoria da Imputação Objetiva, que tem como seu maior expositor Claus Roxin.

A teoria da imputação objetiva na visão de Claus Roxin traz algumas regras básicas para a configuração do fato típico: a) valoração da conduta, verificando se cria ou incrementa um risco proibido relevante; b) resultado juridicamente relevante decorrente do risco proibido; c) resultado abrangido pelo âmbito de proteção da norma.

Assim, será analisada a base filosófica da Teoria Objetiva, qual seja, o funcionalismo, sendo, ainda, imprescindível explicar as teorias mais significantes e que precederam o instituto para, então, chegar à sua análise específica.

Dessa forma, no primeiro capítulo tratar-se-á do funcionalismo, destacando sua finalidade. Após, analisar-se-á as fases que antecederam a Teoria da Imputação Objetiva, a fim de proporcionar uma visão crítica acerca de cada uma delas e assim comparar com esse novo instituto, que possui outro viés filosófico.

O segundo capítulo abarcará a doutrina da imputação objetiva e seus requisitos, enfatizando seus princípios informadores, sobre os quais ela se desenvolve.

Por fim, no terceiro capítulo será destacada sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro e sua aceitação pela doutrina nacional.

Busca-se sistematizar e refletir acerca das doutrinas do delito, com ênfase na teoria da imputação objetiva, criando-se um raciocínio lógico acerca da concretização dos fins do Direito Penal e a aplicação pelo operador do direito, para tentar chegar a um ponto pacífico, valendo-se de pesquisas bibliográficas.

1 BASES E ANTECEDENTES DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

Para ingressar no tema, visando melhor compreendê-lo, necessário se faz a análise do fundamento adotado pela Teoria da Imputação Objetiva, qual seja, o Funcionalismo Penal, bem como os antecedentes desse instituto – as bases clássicas da doutrina do delito – para chegar, então, à Imputação Objetiva desenvolvida por Claus Roxin.

1.1 FUNCIONALISMO PENAL

Até pouco tempo, início da década de 70 do século XX, o Direito Penal preocupava-se com o cumprimento da norma, o respeito a essa, considerando praticada a infração com a realização do fato descrito no tipo penal. Tinha-se um direito penal formalista, o qual conta apenas com uma dimensão ontológica – método do “ser”.

Mas, nessa época, começa-se, então, a indagar sobre o modo de aplicação da lei. Realizava-se a subsunção do fato ao tipo descrito no enunciado penal, pouco se importando com a solução justa ao caso concreto. Além do mais, deve-se atentar que “[...] na sociedade convivem vários agrupamentos normativos e que o direito penal quase nunca é retrato fiel de todos eles, senão da parte politicamente mais influente [...]” (GOMES, 2011, p. 39).

A partir da compreensão de que somente a norma positiva não era mais suficiente para o sistema jurídico em face da nova realidade que se apresentava na sociedade, surge o funcionalismo. O delito passa a ser analisado a partir de um enfoque normativista – do “dever-ser”, contando com uma dimensão axiológica (valorativa).

O funcionalismo sustenta que “[...] a sociedade é um sistema e o direito penal é um subsistema, que existe para cumprir determinadas funções” (GOMES, 2011, p. 68).

Mister pontuar que, conforme elencado por GOMES (2011), existem cinco principais correntes funcionalistas, quais sejam: a) o funcionalismo orientado aos fins da política criminal (Roxin); b) o funcionalismo sistêmico de Jakobs; c) o funcionalismo do controle social (Hassemer); d) o funcionalismo reducionista de Zaffaroni e e) o funcionalismo na visão da teoria constitucionalista do delito. Aqui

será analisado apenas o funcionalismo orientado aos fins da política criminal, pois pertinente ao presente estudo.

Assim, os valores essenciais orientados ao bem comum dentro de um Estado Democrático de Direito passam a ser os critérios norteadores do novo consenso para uma compreensão normativa (axiológica, ou seja, valorativa), abandonando-se aquela ontológica, adstrita à norma estritamente positiva. Um sistema fechado, portanto, afasta da solução do problema, pois ele isola a dogmática das decisões valorativas político-criminais e da realidade social, ao invés de abrir os caminhos até ela (ROXIN_a, 2002).

Alertando sobre a mudança da sociedade e o reflexo dessa circunstância no Direito, SOUZA JÚNIOR (2012) menciona que

“[...] devemos, sim, deixar-nos guiar pela complexidade inerente a uma sociedade cada vez mais multifacetada e plural, onde o que era tido como axioma, hoje não mais se sustenta, onde o novo avanço tecnológico, muitas vezes, representa um fator de altíssimo risco social. [...]

Com isso, o funcionalismo penal

[...] nada mais é do que isso, uma tentativa de aproximação dos valores político-criminais vigentes – obtidos através de influxos comunicativos travados no meio social – projetando-os sobre a dogmática clássica, de índole positivista, que embora detenha o grande mérito, principalmente no plano metodológico, de bem sistematizar a teoria de delito, simplesmente *‘fechou os olhos’* para os demais valores que compõem a vida em sociedade (SOUZA JÚNIOR, 2012).

Acerca da diferença entre os institutos do direito penal e da política criminal, podemos dizer que o primeiro diz respeito às regulamentações jurídico-positivas, enquanto o segundo se importa com os conteúdos sociais e fins do direito penal (ROXIN_a, 2002), não havendo contradição entre eles, conforme destaca ROXIN_a (2002, p. 20):

[...] Submissão ao direito e adequação a fins político-criminais (kriminalpolitische Zweckmäßigkeit) não podem contradizer-se, mas devem ser unidas numa síntese, da mesma forma que Estado de Direito e Estado Social não são opostos inconciliáveis, mas compõem uma unidade dialética: uma ordem jurídica sem justiça social não é um Estado de Direito material, e tampouco pode utilizar-se da denominação de Estado Social um Estado planejador e providencialista que não acolha as garantias de liberdade do Estado de Direito.

Em crítica à doutrina clássica, que assegurava ser a opção para uma jurisprudência racional e uniforme, e em referência à importância da aplicação dos valores político-criminais na teoria do delito, Roxin^a (2002, p. 7) questiona: “[...] De que serve, porém, a solução de um problema jurídico, que apesar de sua linda clareza e uniformidade é político-criminalmente errada? [...]”.

O funcionalismo penal, então, busca a renormatização dos conceitos jurídico-penais, com o objetivo de orientá-los à função que corresponde ao direito penal, contrapondo-se à teoria finalista até então vigente.

Dentre os fins do direito penal, pode-se elencar, segundo lição de Gomes (2004), os seguintes: a) a proteção dos bens (os mais relevantes); b) a contenção ou redução da violência estatal (o Estado, quando aplica uma sanção também pratica violência, mas essa violência é regulamentada por um conjunto de regras objetivas, assegurando que seja dentro dos limites permitidos); c) a prevenção da vingança privada (evita-se que a punição seja feita pela vítima, em caracterização ao exercício arbitrário das próprias razões); d) servir como conjunto de garantias para os envolvidos no conflito (entre essas garantias estão o princípio da legalidade, da intervenção mínima, da ofensividade e da culpabilidade). Frente a isso, tem-se como função legítima do Estado servir de instrumento para a tutela dos bens jurídicos mais relevantes. Ou seja, o direito penal está em função da tutela de bens jurídicos.

Destacando a importância do bem jurídico tutelado e da função deste como limite para atuação do Estado através do direito penal, mister colacionar a lição de ROXIN (2009, p. 16-17):

Eu parto de que as fronteiras da autorização de intervenção jurídico-penal devem resultar de uma função social do Direito Penal. O que está além desta função não deve ser logicamente objeto do Direito Penal. A função do Direito Penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos. Esta descrição de funções corresponde, segundo minha opinião, com o entendimento mesmo de todas as democracias [...].

Para enfatizar seus ensinamentos, prossegue ROXIN (2009, p. 17-18):

De tudo isto resulta: em um Estado democrático de direito, modelo teórico de Estado que eu tomo por base, as normas jurídico-penais devem perseguir somente o objetivo de assegurar aos cidadãos uma coexistência pacífica e livre, sob a garantia de todos os direitos humanos. Por isso, o Estado deve garantir, com instrumentos jurídicos penais, não somente as

condições individuais necessárias para uma coexistência semelhante (isto é, a proteção, da vida e do corpo, da liberdade de atuação voluntária, da propriedade etc.), mas também as instituições estatais adequadas para este fim (uma administração de justiça eficiente, um sistema monetário e de impostos saudáveis, uma administração livre de corrupção etc.), sempre e quando isto não se possa alcançar de outra forma melhor.

Todos estes objetos legítimos de proteção das normas que subjazem a estas condições eu os denomino bens jurídicos. [...]

Entre os fins do direito penal, encontramos, ainda, os fins da pena. Em alguns casos, apesar da existência do fato criminoso, deve-se analisar o caso concreto, verificando se há necessidade de imposição de uma pena. Imprescindível indagar, em observância aos fins do direito penal, se aquela pena justifica-se somente pela utilidade pública que dele se espera ou se ela respeita a dignidade da pessoa humana. Refletindo sobre o tema, expõe JAKOBS (2003, p. 11 e 12):

Como fundamento da necessidade de vincular a legitimidade da pena a uma reprovação, isto é, como razão do princípio da culpabilidade, se aduz que só dessa maneira se pode evitar a instrumentalização de uma pessoa ao impor a pena. Nesse sentido, argumenta-se que quem impõe uma pena sem que a pessoa que vai ser castigada mereça uma reprovação pelo fato cometido, ou em todo caso, quando merece a reprovação menor a que correspondia à medida da pena, inclui aquela pessoa – diferente do que ocorre no caso de pena merecida – entre os objetos do direito das coisas. Dito de outro modo: argumenta-se que a pena não deve reger-se exclusivamente pela utilidade pública que se espera dela, e sim que se deve manter dentro do marco de culpabilidade do autor. Por isso, o Tribunal Constitucional Federal alemão deriva o princípio da culpabilidade não somente dos princípios gerais do Estado de direito material, mas também especificamente da obrigação de respeitar a dignidade humana. Resumindo: a proibição de vulnerar a dignidade deve limitar a otimização da utilidade da pena.

Explicando a vantagem de se adotar uma teoria funcionalista, Nucci (2011, p. 145) cita a lição de Luís Greco, o qual diz haver

“uma finalidade político-criminal, pois, ‘através da valoração de que se trata de uma não ação, exclui-se, independentemente da aparência exterior e das consequências causais do existir humano, aquilo que já de antemão não se submete às categorias do proibido e do permitido’.

Acerca da contribuição do funcionalismo para o direito penal moderno, sintetiza Gomes (2011, p. 76) que “produziu-se uma revisão geral do pensamento acrítico. A ciência penal ficou aberta aos princípios político-criminais e passou a se preocupar com a solução justa de cada caso concreto”.

Assim sendo, a subsunção do fato à descrição típica aliada à aplicação dos valores político-criminais vigentes é o que propõe o funcionalismo penal para uma verdadeira justiça, e não meramente uma justiça formal, sempre observando o bem jurídico a ser tutelado.

Vale dizer, é esse o novo cenário filosófico no bojo do qual se desenvolverá a imputação objetiva, uma dogmática aberta aos valores político-criminais, introjetando elementos diversos nos requisitos do crime, a exemplo dos conhecimentos advindos da criminologia, sociologia, dentre outros.

1.2 TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA E SEUS ANTECEDENTES - BASES CLÁSSICAS DA TEORIA DO DELITO

Almejando compreender o delito, algumas teorias foram elaboradas no intuito de entender seu alcance e configuração. Tentavam essas teorias esclarecer o fato típico, delineando o que abrange a conduta.

Para a primeira delas, a Teoria Causalista ou Causal-naturalista, “a ação era definida como movimento corporal voluntário que causa modificação no mundo exterior. Crime, portanto, é uma ação causal e um resultado externo. [...]” (GOMES, 2011, p. 45). Nenhuma valoração, nenhum juízo de valor é admitido. Ou seja, não se admitem requisitos que não sejam objetivos. Dolo e culpa fazem parte da culpabilidade, pois era considerado o vínculo entre o agente e seu ato, sendo a conduta “cega” (dirigida ao nada). Acerca do assunto, esclarecedora é a lição de GOMES (2011, p. 47):

[...] A culpabilidade, na verdade, não é o vínculo entre o agente e seu ato, mas é o elo ou vínculo entre o delito (fato) e a pena (que é imposta ao agente do fato). Sem ela não existe pena. De qualquer maneira, sublinhe-se que foi um avanço, naquela época, colocar a culpabilidade dentro do conceito de crime. É que antes ainda vigoravam resquícios da época da responsabilidade objetiva, que consiste em punir o agente só pelo seu envolvimento com o fato (com a causa), independentemente de dolo ou culpa.

É uma teoria fruto do positivismo filosófico na qual causa é o que permite deduzir o efeito, cujo “[...] ponto central dessa concepção radica na *causalidade*, de ordem puramente objetiva [...]” (PRADO, 2010, p. 71).

Posteriormente surge a Teoria Neokantista, muito semelhante à Teoria Causalista, exigindo os mesmos requisitos para o delito e deixando dolo e culpa na culpabilidade. No entanto, admite a valoração da conduta, reconhecendo não só elementos objetivos no tipo, e englobando em seu conceito de delito os crimes omissivos, o que não acontecia na teoria causalista. Ensina PRADO (2010, p. 71-72):

[...] admitiu-se um conceito valorativo de ação – *conduta humana como atuação da vontade no mundo exterior* –, mas que não deixou de ser um conceito causal. A orientação causal-naturalista cede lugar à causalista valorativa, dando nascimento ao conceito *neoclássico de delito*. As consequências dessa diretriz se revelam, sobretudo, na teoria da antijuridicidade. O delito é a ação *tipicamente antijurídica*, visto que a tipicidade não constitui um elemento independente da antijuridicidade. A culpabilidade se compõe de um elemento normativo – a reprovabilidade/exigibilidade –, do dolo e da culpa, agora como seus elementos e não como suas formas, e da imputabilidade. Tem-se, dessa maneira, a construção de uma culpabilidade psicológico-normativa.

Assim, pode-se dizer que a metodologia neokantista buscava complementar o positivismo com valores, contudo sem impugná-lo. “[...] Uma concepção ‘neutralista’ e outra ‘valorativa’ não é fácil de se harmonizar” (GOMES, 2011, p. 55).

Posteriormente, por volta da primeira metade do século XX, surge a Teoria Finalista, a qual centraliza sua doutrina no desvalor da ação, e não no desvalor do resultado, conforme ocorria no causalismo e no neokantismo. “[...] Na visão *finalista*, que adotamos, conduta é a ação ou omissão, voluntária e consciente, implicando em um comando de movimentação ou inércia do corpo humano, voltado a uma finalidade” (NUCCI, 2011, p. 144).

Com a doutrina finalista, dolo e culpa passam a compor a tipicidade, e a culpabilidade passa a ser meramente normativa (seus requisitos são a imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa).

Nas palavras de GOMES (2011, p. 56),

A ação, desde logo, deixa de ser concebida como mero processo causal (mero movimento corporal, “cego”) para ser enfocada como “exercício de uma atividade finalista” (exercício “vidente”). O homem, quando sabe o que faz, pode prever as consequências da sua conduta, dirigindo-a conforme um plano à consecução de alguns fins. Se toda a ação é finalista (é dirigida a um fim), conclui-se que a finalidade a ela (ação) pertence. Se finalidade (direcionada à realização dos requisitos

do fato típico) é igual a dolo (saber o que faz e querer o que faz), infere-se então que o dolo pertence à ação (leia-se: à conduta e ao fato típico).

Com a doutrina finalista adotou-se a corrente ontológica (“ser”), significando que o legislador fica atrelado a algumas premissas existenciais básicas – “[...] a ‘natureza das coisas’ vincula a lei e limita o próprio legislador [...]” (GOMES, 2011, p. 59).

Cumprе observar que a doutrina finalista é adotada no ordenamento jurídico brasileiro, sendo que

A causa principal de uma relativa aceitação do finalismo pela jurisprudência e doutrina clássicas no Brasil foi, então, a seguinte: perceberam depois de um certo tempo que mesmo adotando o finalismo ainda era possível conviver com o positivismo legalista, com os ditames da lei. (GOMES, 2011, p. 62).

A título de informação, pode-se citar a teoria social da ação, a qual adota a estrutura do delito do finalismo, mas cria outro conceito de ação. Consoante essa teoria “conduta é o comportamento voluntário e consciente socialmente relevante [...]” (NUCCI, 2011, p. 145). Tendo em vista a imprecisão constante no que seria fato “socialmente relevante”, sofreu críticas, não possuindo muitos adeptos.

1.3 NEXO DE CAUSALIDADE

Em relação ao nexo de causalidade, adota-se no Brasil a teoria da *conditio sine qua non* ou da equivalência das condições (teoria da equivalência dos antecedentes ou teoria da condição simples ou generalizadora). Estabelece essa doutrina que

[...] é considerada causa a ação sem a qual o resultado não teria ocorrido. O sistema atribui relevância a todos os antecedentes do resultado naturalístico, considerando que nenhum elemento, de que depende a sua produção, pode ser excluído da linha de desdobramento causal. [...] (JESUS, 2007, p. 6)

Frente a isso, criou-se o método da eliminação hipotética para saber quando a ação deve ser considerada causa de um resultado, o qual pode ser entendido a partir do seguinte raciocínio: se excluída uma ação do contexto do fato, o resultado deixa de existir, logo, considera-se causa. Exemplo clássico citado pela

doutrina é o do homicídio – o fato típico do homicídio possui uma série de condutas antecedentes, como a fabricação do revólver, a venda pelo comerciante, a aquisição pelo agente. Ao excluir a fabricação da arma, por exemplo, o resultado não teria ocorrido. Dessa maneira, a fabricação da arma é considerada causa do crime.

Seriam igualmente causadores do evento danoso o presidente da montadora de automóveis, a mãe do traficante, o taxista que conduz o autor do delito, o padeiro que faz o pão que posteriormente é envenenado pelo freguês, dentre outros tantos casos.

Percebe-se, portanto, que a *conditio sine qua non* gera um regresso ao infinito. Os excessos da doutrina da causalidade objetiva são corrigidos apenas quando da análise do dolo e da culpa (no caso do homicídio, apenas não responderiam o fabricante da arma e o comerciante porque não agiram com dolo ou culpa). E é nesse contexto que surge a teoria da imputação objetiva, como correção limitadora, evitando ainda os males do “*versari in re illicita omnia, quae sequuntur ex delicto*” – “quem comete um fato ilícito é responsável por tudo o que se segue a ele” (JESUS, 2007).

2 TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

Até a década de 60, existiam três momentos significativos na dogmática penal que tratavam da teoria do delito, quais sejam: a) o positivismo naturalista (teoria causal da ação ou causalismo); b) o neokantiano (teoria dos valores ou neokantismo); e c) o finalista (teoria finalista da ação ou finalismo). As bases dessas doutrinas foram construídas em bases positivistas, sistemas fechados, conforme já demonstrado em capítulo anterior.

No entanto, percebeu-se que a mera interpretação da lei gerava o isolamento penal diante da realidade. Nas palavras de Gomes (2004, p. 72) “(...) a Ciência do Direito penal esgota-se na Dogmática penal”.

Analisando a Teoria do Delito e as três etapas mais significativas (causalismo, neokantismo e o finalismo), conclui GOMES (2004, p. 72):

Fizeram, assim, só Dogmática. E foram acríticos, assépticos, neutros, não se preocuparam com a construção de uma ciência evolutiva. Afastaram-se da realidade e elaboraram um Direito penal extremamente formalista e conservador (proteção do *status quo*). Não estudaram Criminologia, não se aprofundaram na Política criminal. Não admitiram os postulados político-criminais dentro da teoria do delito. Aceitaram o método meramente subsuntivo em relação à tipicidade (fato típico é o descrito na lei). Glorificaram o legislador, poucas vezes foram críticos em relação à caótica legislação.

Diante disso, desejando transformar o direito penal formalista, na qual a ênfase incide lógico-conceitual, em um instrumento que pudesse fazer justiça em cada caso concreto, surge a Teoria da Imputação Objetiva, a qual tem embasamentos funcionalistas.

Ganham protagonismo as considerações axiológicas (valorativas ou normativas), ou seja, a busca do justo em cada situação. Tem-se, assim, o denominado funcionalismo teleológico-funcional ou teleológico-racional ou teleológico-político criminal, base da Teoria da Imputação Objetiva de Claus Roxin. Registra-se que os antecedentes dessa teoria remontam a Karl Larenz (1927) e a Richard Honig (1930), como averba ROXIN_b (2002, p. 26):

As raízes históricos-espirituais da teoria da imputação objetiva remontam até a filosofia de Hegel. Dela é que Larenz, no ano 1927, extraiu uma concepção da imputação objetiva, que logo depois foi aplicada por Honig especialmente na dogmática jurídico-penal. Foi a Honig (e, é claro, também a Larenz) que me referi ao desenvolver em 1970 aquilo que denominei de

princípio do risco, que desde então tem feito uma carreira repleta de sucessos.

A tendência para concretização da verdadeira justiça e garantia dos princípios fundamentais é a interpretação da lei penal e sua sistematização com a valorização axiológica. Esclarece GOMES (2004, p. 72):

[...] O delito, desse modo, já não conta só com uma dimensão natural ou ontológica (fática), e sim, também, com uma dimensão normativa ou axiológica (valorativa), retratada na exigência da imputação objetiva, bem como do resultado jurídico relevante. Está se produzindo uma revisão geral do pensamento dogmático acrítico. A ciência penal, na atualidade, está aberta aos princípios político-criminais e preocupa-se com a solução justa de cada caso concreto.

A teoria finalista explica a ação como uma conduta realizada com um objetivo, um fim. No entanto, segundo Jakobs (2003), a combinação do ser humano e curso causal por meio da imputação para obter a ação humana não pode ser feita apenas pelo viés individual, mas sim utilizando-se um esquema de interpretação no qual a condição determinante deriva da construção da sociedade, sendo a esse esquema, na dogmática jurídico-penal, chamado de imputação objetiva.

O ponto fundamental da teoria de Roxin é o bem jurídico. Destaca o ilustre professor que “[...] o Direito Penal deve proteger somente bens jurídicos concretos, e não convicções políticas ou morais, doutrinas religiosas, concepções ideológicas do mundo ou simples sentimentos. [...]” (ROXIN, 2009, p. 12).

O doutrinador afirma ainda que a proteção dos bens jurídicos é função do Direito Penal e sustenta a teoria do injusto. Expõe Roxin (2009, p. 43) que:

[...] a teoria da imputação objetiva se encontra enlaçada diretamente com o princípio da proteção de bens jurídicos, e que dita teoria fixa a medida da proteção mediante um sutil conjunto de regras, racionalmente convincentes, circunscritas ao social, e politicamente necessárias.

E conclui:

[...] a proteção de bens jurídicos não só governa a tarefa político-criminal do Direito Penal, mas também a sistemática da teoria do injusto. O Direito Penal protege, no marco do alcance de seus tipos penais, os bens jurídicos frente aos riscos não permitidos. Por isso, a proteção de bens jurídicos e a teoria da imputação objetiva são componentes irrenunciáveis num processo social de ponderação da matéria correspondente à proibição. [...] (ROXIN, 2009, p. 61)

Pode-se dizer, assim, que “imputação objetiva significa atribuir a alguém a realização de uma conduta criadora de um relevante risco juridicamente proibido e a produção de um resultado jurídico [...]” (JESUS, 2007, p. 34). E, sobre o assunto, alerta JESUS (2007, p. 34):

Trata-se de um dos mais antigos problemas do Direito Penal, qual seja, a determinação de quando a lesão de um interesse jurídico pode ser considerada “obra” de uma pessoa. Na verdade, cuida-se de uma teoria com missão de restringir a atribuição da imputação, delimitando-se as fronteiras entre o penalmente permitido e o proibido.

Jesus (2007, p. 33-34) pontua as distinções mais relevantes e esclarecedoras acerca da teoria da imputação objetiva, dando ensejo para melhor compreensão da doutrina:

Diferenciam-se relação de causalidade e imputação objetiva. Naquela, procura-se estabelecer um liame no mundo *natural* entre o comportamento e o resultado também *natural* (“consequente necessário”); nesta, equaciona-se uma relação *jurídica* entre a conduta, um risco a bem *jurídico* e o resultado também *jurídico* (“consequente prescrito”). A expressão “imputação objetiva” não quer dizer “responsabilidade penal objetiva”, que significa responder o autor pelo resultado, por crime doloso ou culposos, desde que presente a relação de causalidade com a conduta, ainda que não tenha agido com dolo ou culpa. Não se relaciona com presunção de dolo e culpa e sim com o nexo normativo entre a conduta criadora de relevante risco proibido e o resultado jurídico (afetação do bem jurídico). Distingue-se também da “imputabilidade penal” (art. 26 do CP), em que é questionado se o sujeito, no momento da conduta, tinha capacidade intelecto-volitiva (de entender e de querer). Diferencia-se da responsabilidade penal subjetiva, que diz respeito à atitude pessoal do autor, agindo com dolo ou culpa. Aqui se trata de atribuir juridicamente a alguém a realização de uma conduta criadora de um risco proibido ou de haver provocado um resultado jurídico.

Tem-se, pois, que para a análise da relevância jurídica dos atos causais, indispensável que a condição determinante gere um risco desaprovado e a produção de um resultado jurídico.

A tipicidade, para Roxin, passa a contar com duas dimensões: objetiva, que é a adequação do fato à lei, e normativa (ou material ou valorativa), que é a análise se houve a criação ou incremento de um risco proibido e se esse risco se concretizou no resultado, com a ofensa a um bem jurídico. Além de um resultado naturalístico, consistente na modificação do mundo exterior através da conduta do agente, exige-se, por conseguinte, um resultado jurídico ou normativo: efetiva lesão ou ameaça de lesão ao bem juridicamente tutelado.

Enfatiza-se que nem todos os crimes comportam resultado naturalístico. Nos delitos materiais exige-se a ocorrência de um resultado naturalístico para sua consumação; nos delitos formais, poderá ou não ocorrer, sendo sua ocorrência mero exaurimento do crime; nos crimes de mera conduta, não ocorre. “[...] Pode-se dizer, portanto, que nem todo crime acarreta resultado naturalístico, mas todo crime exige resultado jurídico ou normativo” (DELMANTO, 2007, p. 52).

Logo, segundo a Teoria de Claus Roxin e seu funcionalismo teleológico, para que haja a imputação objetiva, é necessária a concorrência de três condições:

- 1) Criação ou aumento de um risco não permitido;
- 2) A realização deste risco não permitido no resultado concreto;
- 3) Que o resultado se encontre dentro do alcance do tipo – do âmbito de proteção da norma.

Por outro lado, não será resultado imputado ao agente sempre que ocorrer uma das seguintes situações:

- 1) O resultado decorra do exercício de um risco permitido ou de uma ação do agente que tenha visado apenas diminuir um risco não permitido;
- 2) O risco não permitido não chegue a se realizar no resultado concreto;
- 3) O resultado se encontre fora do alcance do tipo ou da esfera de proteção da norma.

Sintetiza Greco (2005, p. 9):

[...] O que essa teoria faz é relegar o tipo subjetivo e a finalidade a uma posição secundária e recolocar o tipo objetivo no centro das atenções. Esse tipo objetivo não pode, porém, esgotar-se na mera causação de um resultado – é necessário algo mais para fazer dessa causação uma causação objetivamente típica. Este algo mais compõe-se, fundamentalmente, de duas ideias: a criação de um risco juridicamente desaprovado e a realização deste risco no resultado.

A análise das condições para que possa haver a imputação objetiva, bem como das situações em que deixa de configurar, será feita pormenorizadamente nos próximos itens.

2.1 CRIAÇÃO OU INCREMENTO DE UM RISCO PROIBIDO RELEVANTE

2.1.1 Risco Permitido e Risco Proibido

Sabe-se que o homem é um ser social, que vive em sociedade. E algumas vezes, o progresso exige a criação ou utilização de bens que geram riscos. Consoante Silva Sánchez (2011), a sociedade pós-industrial caracteriza-se como uma “sociedade do risco” ou “sociedade de riscos”, também a denominando de sociedade de “sujeitos passivos”. Logo, pode-se afirmar que determinadas condutas são permitidas, eis que imprescindíveis para o desenvolvimento e evolução da sociedade.

No escopo de compreender o que é risco permitido e risco proibido, mister expor as palavras de JESUS (2007, p. 41):

A diferença entre risco permitido e proibido não está na gravidade do perigo e sim em que às vezes é lícito e em outras não o é. Enquanto o “risco” pertence ao mundo natural, a permissão e a proibição determinam-se de acordo com as regras do ordenamento social. **A tolerância para a realização da conduta criadora do risco advém das estruturas sociais, que, por intermédio de diferentes critérios, disciplinam o que é lícito e o que é desaprovado.** Na aplicação desses métodos devemos ter em conta, em primeiro lugar, a consideração da natureza do bem jurídico, que deve ser encontrada na Constituição Federal. **Esses critérios são os seguintes: a utilidade social, a inevitabilidade do risco e as necessidades de certas empresas.** (sem destaque no original).

Percebe-se, portanto, que como a sociedade depende do avanço nos mais variados campos para proporcionar o bem-estar da humanidade, sendo que muitos desses avanços geram perigos relevantes aos bens dos cidadãos, é realizada a ponderação entre a tutela absoluta dos bens dos cidadãos e a *utilidade social* do progresso. Ou seja, verifica-se o custo benefício, sendo que o ordenamento inclina-se pela utilidade social, motivo pelo qual admite a prática de atividades arriscadas, como, por exemplo, a construção de enormes barragens (JESUS, 2007).

Como já dito, vive-se em uma sociedade de riscos, sendo que o perigo está presente no cotidiano. Sendo assim, a humanidade ficaria estagnada se fossem proibidas certas atividades, como o transporte rodoviário de combustíveis. Logo, tem-se a *inevitabilidade do perigo*.

Uma sociedade industrializada exige a constante modernização para seu progresso, o que traz a *necessidade das empresas*, apesar desse avanço conter a possibilidade de graves riscos de danos aos cidadãos, como é o caso das construtoras de edifícios, usinas nucleares, etc (JESUS, 2007).

Sobre o tema, pondera STIVANELLO (2013):

Dessa forma, o risco será considerado permitido nas ações perigosas que sejam autorizadas pelo legislador, em virtude de sua preponderante utilidade social, mesmo que porventura delas venha a decorrer um resultado de dano. O mesmo valerá quando se tratar de risco inevitável ou realmente necessário para o avanço tecnológico das empresas que integram nossa sociedade industrializada.

Na lição de Roxin (2001, p. 106) acerca do conceito de risco permitido, “[...] onde ele não estiver fixado legalmente, o juízo jurídico não poderá ser formulado sem levar em conta investigações empíricas [...]”. Como bem sintetiza Silva Sánchez (2011, p. 55), “[...] o conceito de risco permitido expressa uma ponderação dos custos benefícios da realização de uma determinada conduta. [...]”.

As atividades arriscadas, porém benéficas à sociedade, não podem ser absolutamente proibidas, o que faz com que o Estado determine os limites de sua utilização por meio de normas jurídicas, regras técnicas, a *lex artis* e o dever de informar-se, como bem alerta Jesus (2007).

Frente a isso, haverá a imputação objetiva da conduta quando o agente criou ou incrementou um risco não permitido e relevante. Deve ser realizado um juízo valorativo e esse juízo apresentar resposta positiva para que a conduta seja materialmente típica.

Roxin (2009, p. 40), enfatizando a importância do bem jurídico na configuração do ilícito penal e destacando o risco não permitido como primeiro requisito do resultado penalmente relevante, expõe:

A ponderação entre os direitos estatais de ingerência e os direitos civis da liberdade, que na fase da legislação se logra com o auxílio do princípio do bem jurídico, se torna válida uma vez mais, agora numa segunda fase, na da dogmática, mediante a exigência do risco não permitido. [...]

Pode-se dizer que

[...] se cada um se comporta de acordo com um papel que lhe foi atribuído pela sociedade, mesmo que a conduta praticada importe na criação do risco

de lesão ou perigo de lesão aos bens de terceira pessoa, se tal comportamento se mantiver dentro dos padrões aceitos e assimilados pela sociedade, se dessa conduta advier algum resultado lesivo, este será imputado ao acaso. (GRECO, 2008, p. 242).

Sucintamente, “o critério do risco não permitido aporta assim, pois, para o âmbito do injusto, a escala de ponderação entre a intervenção estatal e a liberdade civil. [...]” (ROXIN, 2009, p. 41).

Nessa linha, expondo sobre a necessidade de que ação seja perigosa e a finalidade do direito penal, averba Greco (2005, p 24):

Esta exigência tem sua raiz mais profunda na própria *finalidade do direito penal, que é proteger bens jurídicos*: proibir ações não perigosas é proibir por proibir, é limitar a liberdade sem correlato ganho social. Só as proibições que gerem algum ganho social podem ser proibições legítimas, só as proibições que sejam idôneas a proteger um bem jurídico podem ser legítimas. Aqui se vê, igualmente, o contato da criação do risco com o *princípio constitucional da proporcionalidade*, especificamente com a ideia de idoneidade – a de que toda limitação de liberdade deve ser idônea, isto é, capaz de alcançar a finalidade desejada; e com a *teoria da prevenção geral negativa*, segundo a qual fim da proibição é motivar os cidadãos a não praticarem determinada ação. [...]

Contudo, finaliza o autor (2005, p. 37) alertando que “apenas ações perigosas podem ser proibidas; mas nem toda ação perigosa está proibida. Daí a necessidade de uma segunda etapa, na qual se valora quais dentre os riscos criados merecem a desaprovação do direito”.

Importante consignar, conforme explica Greco (2005, p.137), que o fundamento da criação do risco é a prognose póstuma objetiva: “ [...] o que interessa, portanto, é perguntar se o que efetivamente ocorreu foi aquilo que a norma almejava prevenir, se as considerações que legitimam a proibição do comportamento são válidas também em face do que efetivamente ocorreu. [...]”

De todo modo, cumpre salientar que é difícil definir com precisão o que seja risco permitido e risco proibido, sendo que isso será melhor ponderado quando da análise do caso concreto, de acordo com os padrões aceitos pela sociedade e as demais normas legais e infralegais pertinentes ao fato.

2.1.2 Diminuição do Risco

O princípio da diminuição do risco estabelece que não haverá imputação objetiva quando o agente, evitando dano maior, causa um dano menor ao bem jurídico. Nas palavras de Martinelli (2012), “não há possibilidade de imputação se o autor modifica um curso causal de modo que o perigo já existente para a vítima seja diminuído, melhorando a situação do objeto da ação”.

Pode-se exemplificar a situação de “A” que, para evitar o atropelamento de “B” por um carro desgovernado, empurra-o, causando lesões corporais leves com tal conduta.

No entanto, importante anotar a observação de Jesus, citando palavras de Roxin (2007, p. 82-83), acerca dos requisitos para aplicação do critério da diminuição de riscos:

- 1º) que o fato apresente um mesmo objeto jurídico, pertencente a um só sujeito. Tratando-se de bens jurídicos diversos, incide o estado de necessidade. Exemplo: o sujeito danifica um bem material para salvar a vida de seu proprietário;
- 2º) que a relação de risco seja a mesma. Exemplo: num incêndio, para salvar a vida de uma pessoa, o sujeito lança-a por uma janela, causando-lhe lesões corporais;
- 3º) que o autor não esteja inteiramente obrigado a reduzir o risco. Se tinha essa obrigação e podia cumpri-la, há imputação objetiva. Exemplo: o médico, mediante uma cirurgia, salva a vida do paciente. Infringindo a *lex artis*, entretanto, causa-lhe a perda de um membro. Responde pela lesão corporal grave, uma vez que desobedeceu as regras técnicas de sua profissão.

A diminuição do risco leva à atipicidade da conduta, assim como ocorre na ausência de risco ao bem jurídico, que leva à ausência de imputação objetiva.

2.1.3 Princípio da Confiança

A fim de que uma sociedade caminhe normalmente, necessário se faz que as pessoas que nela convivem confiem uma nas outras, ou seja, que cada uma cumpra o seu papel e aja de acordo com seus deveres e obrigações. Seria insuportável a vida social se cada um tivesse que ficar vigiando o comportamento de outras, sendo esse um dos pressupostos da imputação objetiva. Ensina GRECO (2008, p. 243):

[...] Cada um de nós, na sociedade, é portador de determinado papel. Devemos cumpri-lo e também acreditar que o outro cumprirá o seu, pois,

caso contrário, o contrato social se tornaria insuportável, e as pessoas estariam impossibilitadas de praticar as condutas mais simples e corriqueiras. Por exemplo, o princípio da confiança nos permite atravessar um perigoso cruzamento, desde que o sinal esteja verde. Confiamos, dessa forma, que os veículos, que também almejam atravessar o mesmo cruzamento e que se encontram do lado no qual o sinal encontra-se vermelho, obedeçam à sinalização de parada obrigatória.

Fazendo uma análise sobre o tema, aduz ROXIN^a (2002, p. 45):

[...] Pois a tradicional redução do tipo a uma causalidade, compreendida esta no sentido da teoria da equivalência dos antecedentes, criou em primeiro lugar uma esfera de responsabilidade sem fronteiras, que mesmo através de elementos como a previsibilidade ou a evitabilidade ainda não foram limitadas de modo aceitável do ponto de vista do Estado de Direito. Ora, quase tudo é abstratamente previsível e evitável. O âmbito daquilo que se é obrigatório a prever e a evitar sob a ameaça da pena é, na verdade, muito menor e deve ser definido por deveres de comportamento determináveis. Institutos dogmáticos como o risco permitido ou o princípio da confiança, que se desenvolveram fora das categorias sistemáticas, indicam o caminho necessário da tipificação dos deveres, cuja construção dogmática é a única possibilidade de dar aos tipos de delitos negligentes uma estrutura rígida tal qual a dos delitos dolosos.

No entanto, observa-se que o citado princípio não é absoluto. Gomes (2011) cita o exemplo da criança que sai correndo atrás da bola, que está em movimento na rua. A pessoa que vê tal circunstância não pode confiar que a criança irá respeitar as regras de trânsito, havendo fundada razão para tanto.

Sobre as exceções ou restrições ao princípio da confiança, enumera Greco (2005, p. 55-56):

[...] ninguém pode confiar em quem não é digno de confiança, como uma criança ou um doente mental (não se pode dirigir despreocupadamente, se se vê que há crianças jogando futebol na rua); da mesma forma, a confiança será injustificada se há indícios concretos no sentido de que o comportamento antijurídico de terceiro será praticado (não se pode dirigir despreocupadamente se o motorista que vem na transversal, apesar de aproximar-se do sinal vermelho, continua a acelerar); se o comportamento antijurídico é de tal modo comum, que não se pode mais contar com a sua não prática (ex: ninguém pode contar com a não-ultrapassagem do sinal vermelho depois das 11:00 da noite no Rio de Janeiro); e, por fim, pessoas dotadas de deveres especiais de vigilância não podem descumprir-se com base no referido princípio (ex: o professor da auto-escola não pode confiar em que o seu aluno dirigirá corretamente).

Dessa forma, não haverá conduta típica por parte do agente que atuou de acordo com o Direito e se envolveu em situação que terceiro, descumprindo o seu

dever de cuidado, permite a produção de resultado danoso. Fica, portanto, excluída a imputação penal.

2.1.4 Proibição do Regresso

A conduta daquele que tenha atuado de acordo com o seu papel, ainda que tenha contribuído para o êxito da infração penal praticada pelo agente, não poderá ser incriminada.

Aduz JESUS (2007, p. 49):

Por aplicação da teoria da proibição do regresso, quem estabelece com outro um relacionamento inofensivo não fica responsável por comportamento futuro realizado por ele, ainda que ilícito (restrição ao *regressus ad infinitum*). Significa que uma ação cotidiana inicial correta não conduz seu autor a responsabilidade por condutas posteriores ilícitas. [...]

“Quem cria com sua conduta risco normal (tolerado, aceito ou não juridicamente desaprovado) não pode ser penalmente responsabilizado, por falta de tipicidade material” (GOMES, 2011, p. 165).

Com isso, o taxista que transporta o homicida, o vendedor do pão utilizado para envenenamento de terceiro, o fabricante da arma usada para matar outrem, não são responsáveis pelo ato delituoso.

Assim, aquele que realiza atividades de risco normal não pode ser responsabilizado penalmente.

2.1.5 Consentimento e Participação da Vítima (Ações a Próprio Risco)

2.1.5.1 Consentimento do ofendido

O consentimento do ofendido na prática do delito pode exercer duas funções: a de causa excludente de tipicidade ou de causa supralegal excludente de antijuridicidade, conforme destaca Jesus (2007).

O consenso funcionará como causa de exclusão da tipicidade quando o tipo penal contém o dissentimento da vítima como elementar, é o caso, por exemplo, do crime de violação de domicílio previsto no artigo 150 do Código Penal, o qual

define: “entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências”.

Outro exemplo é o artigo 164 do Código Penal que define como forma típica “introduzir ou deixar animais em propriedade alheia, sem consentimento de quem de direito, desde que do fato resulte prejuízo”. Prossegue Jesus dizendo que “nas figuras em que o dissentimento do ofendido não aparece como elementar, o consenso funciona como causa supralegal de exclusão da ilicitude. [...]” (2007, p. 55-56). Cita-se como exemplo o dano consentido pelo titular do bem jurídico e a injúria em que o sujeito passivo consente que sua honra subjetiva seja maculada.

Frisa Jesus (2007) que é necessário o ofendido apresentar condições para o consentimento e que o objeto jurídico seja disponível.

No mais,

Verifica-se hoje, na doutrina da imputação objetiva, tendência de conceder ao consenso da vítima maior relevância no terreno da tipicidade e não da antijuridicidade, i. e., os penalistas estão começando a considerar que a contribuição do ofendido na prática do fato, mediante consentimento, nas hipóteses em que o tipo não menciona o dissentimento, deve produzir efeito no plano da tipicidade, excluindo-a, e não no da ilicitude. (JESUS, 2007, p. 56)

Dessa maneira, antecipando o consentimento do ofendido da ilicitude para tipicidade, há várias importâncias práticas, como, por exemplo, dispensar a instauração de inquérito, caso a situação esteja clara, e, sendo instaurado, pode ser trancado via Habeas Corpus.

2.1.5.2 Ações a próprio risco

Deve-se ler “quando a vítima autorresponsável se autocoloca em risco, praticando ela mesma a conduta perigosa” (GOMES, 2011, p. 176). Nesse caso, a própria vítima pratica a conduta perigosa, ou seja, ela se autocoloca em risco diante de sua própria conduta. É o que se chama autocolocação ou autoexposição a risco. Como exemplo, pode-se citar aquele que se propõe a praticar esportes radicais – ele sabe que há o risco de lesionar-se, não podendo o fato ser atribuído ao instrutor. Elucida GRECO (2008, p. 245):

[...] Assim, aquele que se dispõe a participar de uma cavalgada, a praticar o rapel e a fazer escaladas sabe dos riscos que são peculiares a cada uma dessas atividades, não se podendo imputar ao instrutor do grupo, por exemplo, os danos considerados como acontecimentos normais. É possível que o cavalo se assuste e jogue o cavaleiro fora da sela, como também pode acontecer que o montanhista, numa escalada, perdendo o equilíbrio, caia e quebre o braço [...].

Alerta Roxin (2009, p. 43-44) que

[...] não é missão do Direito penal proteger os sujeitos responsáveis frente às autolesões conscientes de terceiros, provocadas por eles mesmos. Um paternalismo estatal com intervenção do Direito penal deveria ser admissível só no caso de falta de autonomia na pessoa do afetado [...].

Também existe a heteroexposição a risco (heterocolocação em perigo), ou seja, “o autor é quem ocupa uma posição principal no fato, a vítima apenas consentindo com a atividade arriscada” (JESUS, 2007, p. 57). Nas palavras de Greco (2008, p. 245), “[...] situação na qual a vítima, por exemplo, pede ao agente, que está em sua companhia, que pratique uma conduta arriscada, acreditando, firmemente, que não ocorrerá qualquer resultado danoso [...]”.

Jesus (2007) elenca cinco hipóteses de ações a próprio risco:

1) Participação em fato que expõe a vítima a seu próprio risco – a vítima cria uma situação de risco a seus próprios interesses jurídicos com a participação de terceiro. Exemplo: overdose - um viciado fornece a seu amigo, também viciado, droga e seringa. A vítima exagera na dose e morre. O viciado que forneceu a seringa e a droga não responderá pela morte da vítima.

2) Consentimento em ação realizada por terceiro que expõe a risco o próprio consentiente – a vítima consente em expor a perigo por obra de terceiro, ou seja, ela não se arrisca por si mesma. A vítima consente com a situação de risco, e não com a produção do resultado. No entanto, estando em risco bem jurídico indisponível, como a vida, haverá imputação objetiva.

3) Condutas perigosas de salvamento – é criado um comportamento de risco juridicamente relevante e proibido. Terceira pessoa tenta salvar o bem jurídico colocado em risco por tal comportamento, vindo a sofrer lesões ou a morrer. O produtor do risco inicial não responde pelo resultado mais grave – em face da terceira pessoa. Foi esta quem se autocolocou em risco.

4) Criação de nova relação de risco por parte da vítima ao violar seus deveres de proteção própria – é o caso de “A” que provoca uma colisão culposa

entre dois automóveis. “B” vem a falecer porque estava sem cinto de segurança, sendo verificado que, se o usasse no momento da colisão, teria apenas lesões corporais leves, responde “A” pelo delito de lesões corporais culposas no trânsito.

5) Conduta posterior de um sujeito que, em face de um comportamento anterior do autor, pode ser lesiva a seus próprios bens – haverá ou não imputação objetiva, dependendo da análise do caso concreto. A título de exemplo, mister citar a lição de Jesus (2007, p. 65-66):

1. CASO DO ARSÊNICO. A esposa havia guardado arsênico numa garrafa de vinho. Seu marido, dado à embriaguez, supondo tratar-se de bebida alcoólica, ingeriu o líquido e morreu. Ela responde pelo resultado morte?

[...]

Hipóteses como essas devem ser apreciadas sob dois aspectos:

1º) No “caso do arsênico”, p. ex., se o autor expõe a falsa garrafa de refrigerante ou bebida alcoólica em local acessível a pessoas que com ele convivem, responde pelo evento. Exemplo: colocar o objeto sobre a pia da cozinha (é o caso *supra* do arsênico). Se o sujeito reside numa habitação onde moram várias pessoas, constitui conduta imprudente deixar uma garrafa, que aparenta ser de cerveja ou vinho, na verdade cheia de veneno (inobservância do cuidado objetivo necessário, produzindo risco juridicamente proibido). O mesmo ocorre em relação a uma arma de fogo carregada. Se o sujeito, descuidadamente, deixa-a ao alcance de terceiro, ocorrendo um resultado culposos, responde por este.

2º) Imagine que, no caso *supra* do veneno, a autora tivesse guardado a garrafa em local apropriado, escondida, por exemplo, num guarda-roupa, e um ladrão, procurando bens de valor, a tivesse encontrado e ingerido o líquido. Nessa hipótese, não haveria imputação do resultado. Diga-se o mesmo em relação à arma de fogo.

Nesses casos, de acordo com as circunstâncias do fato e analisando que a capacidade da vítima (plenamente capaz) e a disponibilidade do bem jurídico em questão, não se pode atribuir o resultado jurídico a terceiro.

2.1.6 Cursos Causais Hipotéticos

Também denominado aceleração de causalidade e causalidade de substituição.

“O resultado jurídico é causado por um comportamento produtor de um risco juridicamente proibido no mesmo instante em que fatalmente teria ocorrido em face de outro perigo” (JESUS, 2007, p. 119).

Jesus (2007, p. 120) cita o seguinte exemplo:

CASO DA EXPLOSÃO CRIMINOSA POR OCASIÃO DE DESASTRE AÉREO FORTUITO. O autor deseja matar uma pessoa. Com uma bomba programada, explode uma aeronave em que ela se encontra no mesmo instante em que o aparelho está se precipitando por causa de uma falha mecânica. A vítima morre em face dos ferimentos produzidos na queda do avião contra o solo e não em decorrência da explosão, que ocorre no último segundo antes do choque. O agente responde pela morte?

O agente somente deve responder pela tentativa de homicídio, eis que o resultado foi provocado pelas lesões produzidas na queda do avião, e não pela bomba.

Em outros casos, o agente pode tentar alegar que, se não fosse praticado por ele, teria sido praticado por “B”. Contudo, não será excluída a imputação objetiva, havendo responsabilidade penal, haja vista que, se com sua conduta o autor criou um risco não permitido e esse risco se realizou no resultado, caracterizando um tipo descrito na lei, não há como deixar de ser aplicada a norma penal. Gomes (2011, p. 163) ilustra a situação da seguinte maneira: “[...] várias pessoas estão perseguindo o agente, que teria matado uma criança. O agente ‘A’ dispara e mata o sujeito. Depois alega que se ele não tivesse matado, outro perseguidor teria concretizado o crime. [...]”. Na sequência, o doutrinador (2011, p. 163) dá outro exemplo: “[...] morte antijurídica numa guerra. Se não tivesse sido praticada pelo agente ‘A’, teria sido pelo agente ‘B’. [...]”. Percebe-se, portanto, que nesses casos o agente responde normalmente, ou seja, haverá imputação objetiva, haverá responsabilidade penal.

Diante do exposto, pode se afirmar que em situações de cursos causais hipotéticos o agente responde normalmente pelos atos praticados, de acordo com o caso concreto.

2.2 REALIZAÇÃO DO RISCO NÃO PERMITIDO

Não basta a criação ou incremento de um risco não permitido (desvalor da ação). Deve haver a realização desse risco no resultado, gerando uma lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado (desvalor do resultado).

Elucida GRECO (2005, p. 12):

E a teoria da imputação objetiva complementa ambas as dimensões de desvalor com novos aspectos. O desvalor da ação, até agora subjetivo, mera finalidade, ganha uma face objetiva: a criação de um risco

juridicamente proibido. Somente ações intoleravelmente perigosas são desvaloradas pelo direito. Também o desvalor do resultado é enriquecido: nem toda causação de lesão a bem jurídico referida a uma finalidade é desvalorada; apenas o será a causação em que se realize o risco juridicamente proibido criado pelo autor. Ou seja, a imputação objetiva acrescenta ao injusto um desvalor objetivo da ação (a criação de um risco juridicamente desaprovado), e dá ao desvalor do resultado uma nova dimensão (realização do risco juridicamente desaprovado).

Para ilustrar a situação, necessário citar o clássico exemplo em que “A” atira em “B” com a intenção de matar, mas somente o fere. “B”, então, é levado por uma ambulância até o hospital, sendo que no caminho ocorre um acidente e “B” vem a falecer em razão deste último fato. Explica ROXIN^b (2002, p. 15):

Em meu segundo grupo de casos, no exemplo do sujeito que, ferido por alguém com dolo de homicídio, vem a morrer em um acidente de ambulância, o resultado igualmente não poderá imputar-se àquele que atirou, apesar de ter sido causado e almejado. É verdade que, através do tiro, criou o autor um perigo imediato de vida, que é suficiente para a punição por tentativa. Mas este perigo não permitido não se realizou, pois a vítima não morreu em razão dos ferimentos, e sim de um acidente de trânsito. O risco de morrer em um acidente de trânsito não foi elevado pelo transporte na ambulância; ele não é maior do que o risco de acidentar-se quando se passeia a pé, ou com o próprio automóvel. Falta, portanto, a realização do risco criado pelo tiro, de modo que o resultado morte não pode ser imputado àquele que efetuou o disparo como sua obra. Ele não cometeu uma ação de homicídio, mas somente uma ação de tentativa de homicídio.

Logo, haverá imputação apenas se o risco não permitido se realizar no resultado. Caso contrário, se o resultado ocorrer, mas não por consequência direta da conduta do agente, por um desvio no curso causal, deverá responder pelos atos efetivamente praticados, ou seja, pelo resultado direto da ação.

2.3 RESULTADO PENALMENTE RELEVANTE

A relevância jurídica que autoriza a imputação objetiva deve ser analisada de acordo com o âmbito de proteção de cada norma de cuidado. Ou seja:

Não basta que haja um nexo causal entre o resultado e o risco não permitido criado pelo causador. É preciso, além disso, que o resultado esteja abrangido pelo fim de proteção da norma de cuidado. Deve a conduta afrontar a finalidade protetiva da norma para que possa haver imputação (STIVANELLO, 2013).

Enfatizando a importância do bem jurídico, ROXIN (2009, p. 39-40):

[...] Consistindo a missão do Direito penal na proteção de bens jurídicos, então o injusto penal deve manifestar-se como o menoscabo de um bem jurídico, isto é, como lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico. Ainda que isso possa parecer trivial e evidente, não o é, entretanto, quando se reconhece que outras concepções de grande influência, as quais logo me referirei mais detidamente, concebem o injusto como um conceito único, baseado no desvalor da ação ou na desautorização da vigência da norma, renunciando, desta maneira, de contemplar no injusto o desvalor do resultado expressado como lesão de bens jurídicos.

Roxin (2009, p. 40) prossegue sua lição destacando que é necessária a conjugação entre princípio do bem jurídico e risco não permitido para ocorrência do injusto penal (fato materialmente típico e antijurídico):

A teoria da imputação objetiva, em cuja renovação e desenvolvimento moderno tenha sido uma participação destacada, decorre inexcusavelmente do princípio de proteção de bens jurídicos e, nesta direção, tem chegado a alcançar uma ampla difusão internacional. Querendo o Direito penal proteger bens jurídicos contra os ataques humanos, isto só será possível na medida em que o Direito penal proíba a criação de riscos não permitidos e, ademais, valore a infração na forma de uma lesão do bem jurídico, como injusto penal. Portanto, ações típicas são sempre lesões de bens jurídicos na forma de realização de riscos não permitidos, criados pelos homens.

Acerca do critério do nexo do fim de proteção da norma para a realização do risco, explica Greco (2005, 95) que

[...] O desvalor do resultado deve ser referido ao desvalor da ação, dissemos. O que isso significa, mais concretamente? Isso significa que só haverá realização do risco se a proibição da conduta for justificada para evitar a lesão de determinado bem jurídico por meio de determinado curso causal, os quais venham efetivamente a ocorrer. É este o verdadeiro sentido da ideia “fim de proteção da norma”, que comumente se repete, mas que quase nunca se define: a norma proibitiva visa evitar que um certo bem jurídico seja afetado de certa maneira. Se for afetado não esse bem jurídico, mas outro, ou se ele próprio for afetado, mas por curso causal completamente diverso, o que se realizou no resultado não foi o risco que se estava a analisar.

Continua o ilustre doutrinador explicando sobre o fim de proteção da norma e dispensando maiores considerações:

Noutras palavras, à guisa de síntese: *para saber se um risco proibido está ou não compreendido no fim de proteção da norma, o que interessa é se ele foi realmente criado*. Trocando em miúdos, isso significa que, em primeiro lugar, vemos o que efetivamente ocorreu, mais especificamente o bem lesionado e o curso causal de que resultou essa lesão. Depois, perguntamos se a proibição almejava ou não preveni-los, ou se eles só

teriam sido evitados por acaso. Para sabermos se a proibição almejava ou não preveni-los, não devemos falar diretamente em fim de proteção da norma, porque por ora ainda não sabemos o que ele é, qual o fim da norma de cuidado – uma tal resposta não passaria de uma tautologia, estilo “o guepardo corre a noventa quilômetros por hora, porque ele corre a quarenta e cinco quilômetros a cada meia hora” ou “Romeu e Julieta se amam porque são apaixonados um pelo outro”. O que temos de fazer é levar em conta os mesmos pontos de vista de que partimos ao analisar a criação de um risco juridicamente desaprovado, isto é, a proteção de bens jurídicos, a prevenção geral negativa, o núcleo de liberdade imponderável e a ponderação de interesses, bem como os critérios com base nos quais os concretizamos, a saber, a prognose póstuma objetiva, a violação de normas jurídicas e extrajurídicas de cuidado, o princípio da confiança e o parâmetro do homem prudente; e verificar se estes aspectos fundamentam a proibição também para evitar o que efetivamente ocorreu. [...] (GRECO, 2005, p. 104-105).

Pode-se afirmar, portanto, que haverá a responsabilidade quando o resultado afrontar a finalidade protetiva da norma, mas deve o risco ser relevante, pois, do contrário, deverá ser aplicado o princípio da insignificância.

2.3.1 Princípio da Insignificância

Também conhecido como “crime de lesão mínima” ou “crime de bagatela”. Ataques muito graves aos bens jurídicos de maior relevância é que demandam a intervenção do Direito Penal. Destarte, haverá exclusão da tipicidade quando o crime acarretar danos de pouca importância.

Explica GRECO (2008, p. 63):

Tivemos a oportunidade de dizer que o princípio da intervenção mínima, como limitador do poder punitivo do Estado, faz com que o legislador selecione, para fins de proteção pelo Direito Penal, os bens mais importantes existentes em nossa sociedade. Além disso, ainda no seu critério de seleção, ele deverá observar aquelas condutas que se consideram socialmente adequadas, para delas também manter afastado o Direito Penal. Assim, uma vez escolhidos os bens a serem tutelados, estes integrarão uma pequena parcela que irá merecer a atenção do Direito Penal, em virtude de seu caráter fragmentário.

Nessa linha de raciocínio, elucida Jesus (2007, p. 79) acerca do referido princípio:

[...] Recomenda, pois, que, pela limitação da tipicidade, a pretensão punitiva somente intervenha nos casos de lesão jurídica de certa gravidade, reconhecendo a atipicidade do fato nas hipóteses de perturbações jurídicas mais leves (pequeníssima relevância material). O Direito Penal é um recurso punitivo extremo, cumprindo ser exercido somente quando os outros ramos

do Direito mostrem-se ineficientes. De modo que o direito repressivo não deve intervir quando a lesão jurídica é mínima, reservando-se para as ofensas graves.

Roxin enfatiza a necessidade de uma interpretação restritiva, que realiza a função da Constituição e do direito penal, como indispensável para a proteção do bem jurídico. Afirma que nesse contexto encontra-se o princípio da insignificância,

que permite excluir logo de plano lesões de bagatela da maioria dos tipos: maus-tratos são uma lesão grave ao bem-estar corporal, e não qualquer lesão; da mesma forma, é libidinosa no sentido do código penal só uma ação sexual de alguma relevância; e só uma violenta lesão à pretensão de respeito social será criminalmente injuriosa. Por “violência” não se pode entender uma agressão mínima, mas somente a de certa intensidade, assim como uma ameaça deve ser “sensível”, para adentrar no marco da criminalidade. Se reorganizássemos o instrumentário de nossa interpretação dos tipos a partir destes princípios, daríamos uma significativa contribuição para diminuir a criminalidade em nosso país (ROXIN^a, 2002, p. 47-48).

Não subsiste razão para a pena quando o conteúdo do injusto for pequeno devido à ínfima afetação do bem jurídico. Assim,

[...] é indispensável que o fato tenha acarretado uma ofensa de certa magnitude ao bem jurídico protegido para que se possa concluir por um juízo positivo de tipicidade. Com base em um enfoque de modernização da Justiça Criminal, não mais se discute que os responsáveis por lesões aos bens jurídicos só devem ser submetidos à sanção criminal quando esta se torna indispensável à adequação da justiça e à segurança dos valores da sociedade. Ainda a mínima pena aplicada seria desproporcional à significação social do fato (MIRABETE, 2003, p.118).

Distingue-se a criminalidade de bagatela através de algumas características, consoante ensinamento de Mirabete (2003, p. 119), tais como: “[...] (a) escassa reprovabilidade; (b) ofensa a bem jurídico de menor relevância; (c) habitualidade; (d) maior incidência nos crimes contra o patrimônio e no trânsito, além de uma característica de natureza político-criminal [...]”, sendo esta definida pela “[...] dispensabilidade da pena do ponto de vista da prevenção geral, se não mesmo sua inconveniência do ponto de vista da prevenção especial” (MIRABETE, 2003, p.119).

Salienta Jesus (2007) que a jurisprudência tem adotado o princípio da insignificância em casos de furto de bagatela, lesões corporais mínimas, maus-tratos, porte mínimo de maconha, delito tributário, estelionato de bagatela,

contrabando e descaminho de pequena monta, dano de pequena monta e crime contra o meio ambiente.

Frisa-se, ademais, que o Supremo Tribunal Federal adota de maneira pacífica o princípio da insignificância, embora sem análise da teoria da imputação objetiva, tendo, inclusive, fixado seus requisitos para aplicação, quais sejam: (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada (exemplo: o furto de algo de baixo valor).

Dessa maneira, tendo em vista as finalidades da política criminal, quais sejam, a intervenção mínima, exclusiva proteção de bens jurídicos, resultado jurídico relevante, dentre outras, não se pode aceitar a incidência de pena para fatos de pouca, ou nenhuma, significação social, já que o Direito Penal protege bens jurídicos relevantes, não sendo abarcados os inexpressivos.

3 A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA NO BRASIL

Doutrinadores brasileiros, como Prado (2010) e Nucci (2011), ainda são relutantes a aceitar a teoria da imputação objetiva ao argumento de que somente com o exame do tipo objetivo não é possível a análise da conduta do agente, sendo que tipo objetivo e tipo subjetivo não podem operar de forma isolada e desconexa. Alegam, ainda, que pode gerar insegurança jurídica em um sistema jurídico-penal adstrito aos valores constitucionais democráticos.

No mesmo sentido, Costa Jr. (2007) sustenta que adotar a teoria da imputação objetiva seria uma afronta ao artigo 13 do Código Penal e ampliaria a responsabilidade penal, implicando em uma responsabilidade penal objetiva. Alega, ainda, que a aplicação da teoria da imputação objetiva melhor se adequaria aos delitos culposos.

No entanto, Gomes (2011) bem alerta que, ao contrário do que afirmado por alguns autores, a teoria da imputação objetiva não acabou com o nexos de causalidade, mas sim complementa. Ou seja, inclui um elemento normativo complementar ao nexos causal. A teoria da imputação objetiva traz mais rigor ao nexos causal. Aquela seria corretiva deste, e não substitutiva:

É certo que a referida teoria, de qualquer modo, complementa (não substitui) a teoria do nexos causal (art. 13 do CP – teoria da *conditio sine qua non*). A função da teoria da imputação objetiva é corretiva, não substitutiva. Há também muita polêmica sobre isso, havendo autores que dizem que a teoria da imputação objetiva teria acabado com o nexos de causalidade. De acordo com nossa opinião, de forma alguma podemos abrir mão do velho e bom (do ponto de vista garantista) nexos de causalidade. A comprovação material e física (quântica) do elo existente entre a conduta e o resultado naturalístico é uma garantia da qual não podemos prescindir jamais. O nexos de causalidade (que é natural) não foi eliminado pelo nexos de imputação (que é jurídico, valorativo). Ambos convivem. Ambos são relevantes para o direito penal. O primeiro é relevante para o âmbito da “causação”. O segundo o é para o campo da “imputação” (GOMES, 2011, p. 137).

No mais, conforma já mencionado anteriormente, é de ressaltar que, com a teoria da imputação objetiva, o tipo penal objetivo passou a ter duas dimensões: a

formal e a material-valorativa. Dessa forma, nos crimes dolosos, a tipicidade penal é formada pela tipicidade objetiva (formal e material) mais subjetiva. A tipicidade penal nos crimes culposos é apenas objetiva (formal e material ao mesmo tempo), não contando com a dimensão subjetiva. Logo, a teoria da imputação objetiva não nega que dolo e culpa estejam no tipo, apenas indica que são elementos a serem indagados em um segundo momento lógico, conforme destaca Gomes mencionando a lição de Vicente Greco Filho (2011, p. 141-142).

Na seara jurisprudencial a teoria já vem sendo utilizada. No ano de 2006 o STJ concedeu ordem em Habeas Corpus para trancar ação penal com base na teoria da imputação objetiva, conforme se extrai da ementa do julgado:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO CULPOSO. MORTE POR AFOGAMENTO NA PISCINA. COMISSÃO DE FORMATURA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. ACUSAÇÃO GENÉRICA. AUSÊNCIA DE PREVISIBILIDADE, DE NEXO DE CAUSALIDADE E DA CRIAÇÃO DE UM RISCO NÃO PERMITIDO. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ORDEM CONCEDIDA.

1. Afirmar na denúncia que "a vítima foi jogada dentro da piscina por seus colegas, assim como tantos outros que estavam presentes, ocasionando seu óbito" não atende satisfatoriamente aos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, uma vez que, segundo o referido dispositivo legal, "A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas".

2. Mesmo que se admita certo abrandamento no tocante ao rigor da individualização das condutas, quando se trata de delito de autoria coletiva, não existe respaldo jurisprudencial para uma acusação genérica, que impeça o exercício da ampla defesa, por não demonstrar qual a conduta tida por delituosa, considerando que nenhum dos membros da referida comissão foi apontado na peça acusatória como sendo pessoa que jogou a vítima na piscina.

3. Por outro lado, narrando a denúncia que a vítima afogou-se em virtude da ingestão de substâncias psicotrópicas, o que caracteriza uma autocolocação em risco, excludente da responsabilidade criminal, ausente o nexo causal.

4. Ainda que se admita a existência de relação de causalidade entre a conduta dos acusados e a morte da vítima, à luz da teoria da imputação objetiva, necessária é a demonstração da criação pelos agentes de uma situação de risco não permitido, não-ocorrente, na hipótese, porquanto é inviável exigir de uma Comissão de Formatura

um rigor na fiscalização das substâncias ingeridas por todos os participantes de uma festa.

5. Associada à teoria da imputação objetiva, sustenta a doutrina que vigora o princípio da confiança, as pessoas se comportarão em conformidade com o direito, o que não ocorreu in casu, pois a vítima

veio a afogar-se, segundo a denúncia, em virtude de ter ingerido substâncias psicotrópicas, comportando-se, portanto, de forma contrária aos padrões esperados, afastando, assim, a responsabilidade dos pacientes, diante da inexistência de previsibilidade do resultado, acarretando a atipicidade da conduta.

6. Ordem concedida para trancar a ação penal, por atipicidade da conduta, em razão da ausência de previsibilidade, de nexo de causalidade e de criação de um risco não permitido, em relação a todos os denunciados, por força do disposto no art. 580 do Código de Processo Penal. (STJ, HC 46.525-MT, Quinta Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 21.03.06).

No mesmo sentido, tratando de crime culposos, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO CULPOSO. VÍTIMA - MERGULHADOR PROFISSIONAL CONTRATADO PARA VISTORAR ACIDENTE MARÍTIMO. ART. 121, §§ 3º E 4º, PRIMEIRA PARTE, DO CÓDIGO PENAL. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA.

1. Para que o agente seja condenado pela prática de crime culposos, são necessários, dentre outros requisitos: a inobservância do dever de cuidado objetivo (negligência, imprudência ou imperícia) e o nexo de causalidade.

2. No caso, a denúncia imputa ao paciente a prática de crime omissivo culposos, no forma imprópria. A teor do § 2º do art. 13 do Código Penal, somente poderá ser autor do delito quem se encontrar dentro de um determinado círculo normativo, ou seja, em posição de garantidor.

3. A hipótese não trata, evidentemente, de uma autêntica relação causal, já que a omissão, sendo um não-agir, nada poderia causar, no sentido naturalístico da expressão. Portanto, a relação causal exigida para a configuração do fato típico em questão é de natureza normativa.

4. Da análise singela dos autos, sem que haja a necessidade de se incursionar na seara fático-probatória, verifico que a ausência do nexo causal se confirma nas narrativas constantes na própria denúncia.

5. Diante do quadro delineado, não há falar em negligência na conduta do paciente (engenheiro naval), dado que prestou as informações que entendia pertinentes ao êxito do trabalho do profissional qualificado, alertando-o sobre a sua exposição à substância tóxica, confiando que o contratado executaria a operação de mergulho dentro das regras de segurança exigíveis ao desempenho de sua atividade, que mesmo em situações normais já é extremamente perigosa.

6. Ainda que se admita a existência de relação de causalidade entre a conduta do acusado e a morte do mergulhador, à luz da teoria da imputação objetiva, seria necessária a demonstração da criação pelo paciente de uma situação de risco não permitido, não-ocorrente, na hipótese.

7. Com efeito, não há como asseverar, de forma efetiva, que engenheiro tenha contribuído de alguma forma para aumentar o risco já existente (permitido) ou estabelecido situação que ultrapasse os limites para os quais tal risco seria juridicamente tolerado.

8. Habeas corpus concedido para trancar a ação penal, por atipicidade da conduta. (STJ, HC 68.871-PR, Sexta Turma, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 06.08.09).

Em outro julgado é demonstrada que a conduta do agente criou um risco não permitido, risco este que se concretizou no resultado, o qual estava abrangido pelo âmbito de proteção da norma jurídica, não podendo, assim, ser afastada a incidência da atuação estatal sobre o fato:

CRIMINAL. RESP. DELITO DE TRÂNSITO. RESPONSABILIDADE PENAL. DELITO CULPOSO. RISCO PERMITIDO. NÃO OCORRÊNCIA. IMPUTABILIDADE OBJETIVA. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 07/STJ. INCIDÊNCIA. PENA PECUNIÁRIA SUBSTITUTIVA. AUSÊNCIA DE CORRESPONDÊNCIA COM A PENA SUBSTITUÍDA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.

I. De acordo com a Teoria Geral da Imputação Objetiva o resultado não pode ser imputado ao agente quando decorrer da prática de um risco permitido ou de uma ação que visa a diminuir um risco não permitido; o risco permitido não realize o resultado concreto; e o resultado se encontre fora da esfera de proteção da norma.

II. O risco permitido deve ser verificado dentro das regras do ordenamento social, para o qual existe uma carga de tolerância genérica. É o risco inerente ao convívio social e, portanto, tolerável.

III. Hipótese em que o agente agiu em desconformidade com as regras de trânsito (criou um risco não permitido), causando resultado jurídico abrangido pelo fim de proteção da norma de cuidado – morte da vítima, atraindo a incidência da imputabilidade objetiva.

IV. As circunstâncias que envolvem o fato em si não podem ser utilizadas para atrair a incidência da teoria do risco permitido e afastar a imputabilidade objetiva, se as condições de sua aplicação encontram-se presentes, isto é, se o agente agiu em desconformidade com as regras de trânsito, causando resultado jurídico que a norma visava coibir com sua original previsão.

V. O fato de transitar às 3 horas da madrugada e em via deserta não pode servir de justificativa à atuação do agente em desconformidade com a legislação de trânsito. Isto não é risco permitido, mas atuação proibida.

VI. Impossível se considerar a hipótese de aplicação da teoria do risco permitido com atribuição do resultado danoso ao acaso, seja pelo fato do agente transitar embriagado e em velocidade acima da permitida na via, seja pelo que restou entendido pela Corte a quo no sentido de sua direção descuidada.

VII. A averiguação do nexa causal entre a conduta do réu, assim como da vítima, que não teria feito uso do cinto de segurança, com o resultado final, escapa à via especial, diante do óbice da Súmula 07 desta Corte se, nas instâncias ordinárias, ficou demonstrado que, por sua conduta, o agente, em violação ao Código de Trânsito, causou resultado abrangido pelo fim de proteção da norma de cuidado.

VIII. Não há simetria entre a pena pecuniária substitutiva e a quantidade da pena privativa de liberdade substituída.

IX. Recurso parcialmente conhecido e desprovido. (STJ, REsp 822517-DF, Quinta Turma, rel. Min. Gilson Dipp, j. 12.06.07).

Ressaltando que a tipicidade objetiva e a tipicidade subjetiva operam em conjunto, e mencionando a estrutura funcionalista da teoria do crime, assevera o julgado:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRABANDO DE MATERIAL ELETRÔNICO. AUSÊNCIA DE DOLO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL VIA HABEAS CORPUS. POSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. É certo que o dolo opera diretamente no tipo penal, que na hodierna estrutura funcionalista da teoria do crime, leva em consideração, também, os aspectos formais (conduta, resultado jurídico, nexa de

causalidade e subsunção legal) e os materiais (imputação objetiva, desvalor da conduta e desvalor do resultado).

2. Por força do princípio da responsabilidade penal subjetiva ninguém pode ser punido senão a título de dolo ou culpa, sob pena de caracterizar a responsabilidade penal objetiva, rechaçada em nosso ordenamento.

3. Segundo a boa doutrina, dolo nada mais é do que a consciência (desejo ou aceitação) dos requisitos objetivos do tipo penal. Sua ausência descaracteriza o tipo e, por consequência, afasta a ocorrência do crime.

3. Inexistindo crime, não há justa causa para a deflagração da ação penal, nos termos do art. 397, III, do CPP.

4. O trancamento de inquérito policial ou de ação penal em sede de habeas corpus é medida excepcional, só admitida quando restar provada, inequivocamente, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, a atipicidade da conduta, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade, ou, ainda, a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito.

5. No caso concreto, o Tribunal de piso reconheceu a atipicidade da conduta denunciada diante da ausência de dolo, sem a necessidade de um maior exame valorativo fático ou probatório, não havendo falar em ilegalidade nesta decisão.

5. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no REsp 1243193-ES, Quinta Turma, rel. Min. Jorge Mussi, j. 22.05.12). (sem destaque no original).

Percebe-se, então, que o funcionalismo teleológico-racional que embasa a teoria da imputação objetiva busca justamente um Direito Penal mínimo, aplicando os princípios de proteção de bens jurídicos e o da subsidiariedade, segundo o qual “[...] somente se deve ameaçar com pena quando regulações civis ou jurídico-administrativas mais leves ou outras medidas político-sociais não sejam suficientes. O Direito Penal é subsidiário da proteção de bens jurídicos” [...] (ROXIN, 2009, p. 29-30).

Como bem alerta ROXIN (2009, p. 45):

[...] o injusto penal pressupõe uma lesão ou colocação em perigo do bem jurídico, e que a teoria da imputação objetiva estabelece com detalhes, a partir de dito fundamento, o âmbito do jurídico penalmente proibido, mediante a ponderação dos interesses pela proteção e pela liberdade. [...].

Conforme se pode observar, há certa relutância em adotar a imputação objetiva no ordenamento jurídico brasileiro. Sobre o tema reflete MARTINELLI (2012):

No entanto, a doutrina brasileira (e a jurisprudência também) ainda está presa ao positivismo, sem discuti-lo diante da real eficácia da norma como única fonte de estudo do direito. Estamos atrasados em vários aspectos dogmáticos, especialmente no direito penal, onde ainda dá-se muita importância ao embate entre causalismo e finalismo. Talvez seja por isso que a imputação objetiva ainda tenha pouca relevância entre nós. Para um estudo mais fecundo da imputação objetiva, devemos focar as atenções às

teorias pós-finalistas, as quais adotaram esta como determinante da responsabilidade concreta pela realização do resultado típico.

A teoria da imputação objetiva é um grande reforço para o princípio da legalidade. Pois, para que um crime seja imputável a um agente, não basta haver a relação causal entre a conduta e o resultado. A causalidade é um fenômeno puramente naturalístico, decorrente de leis naturais. Há necessidade deste nexo encontrar uma delimitação normativa, ou seja, dentro do próprio ordenamento. A ausência de imputação objetiva cria uma dependência do direito penal em relação às ciências naturais para definir a responsabilidade do agente.

A leitura do Código não pode ser estritamente positivista, calcada na “inadiável superação do positivismo jurídico neokantiano”. É possível adequar a lei existente ao espírito de um direito penal democrático, desde que o intérprete faça uso de uma concepção funcional da dogmática.

Enfim, busca a teoria da imputação objetiva a efetiva concretização de um Estado Democrático de Direito, dentro os quais estão os direitos humanos e a segurança jurídica de forma plena, e não aquela apenas teórica, que serve de justificativa para inércia frente às determinações normativas que impedem uma real justiça. Aos poucos a doutrina e a jurisprudência vão abandonando o positivismo “cego” e adotando uma postura que almeja a verdadeira justiça.

CONCLUSÃO

A ação, na visão finalista – adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, é o atuar conscientemente orientado para um objetivo específico. Ou seja, a consciência do fim e o querer do agente regem o curso causal. A corrente finalista é extremamente legalista.

No intuito de explicar o nexo entre a conduta do agente e o resultado típico, existe a teoria da equivalência das condições ou da *conditio sine qua non*, a qual foi adotada pelo Código Penal em seu art. 13. O artigo mencionado dispõe que se considera causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido, o que significa que tudo que concorre para o resultado é causa dele. No entanto, isso levaria a um regresso ao infinito, motivo que levou a norma penal a limitar a amplitude do conceito de causa, conforme se observa no parágrafo 1º do artigo 13 do Código Penal.

A teoria da imputação objetiva desenvolvida por Claus Roxin se funda na crítica de que o finalismo não possibilita a inclusão de diretrizes político-criminais na dogmática. Propõe, assim, que cada categoria do delito seja orientada pelos objetivos sociais e político-criminais, pelas funções estabelecidas para o direito penal, visando justamente a abertura da dogmática para a realidade (para o empírico). Não vê, portanto, a ação típica exclusivamente como um dado prévio ontológico (ser), mas também como produto da valoração legislativa, afirmando que o sistema fechado somente nos afasta da solução do problema.

A teoria da imputação objetiva traz mais rigor ao nexo causal. Exige para ocorrência do nexo de causalidade que o agente tenha criado ou incrementado um risco não permitido ao bem jurídico protegido e a concretização desse risco no resultado típico. Esses requisitos têm por escopo a limitação da responsabilidade penal. Sugere, assim, mais uma dimensão no fato típico, que é a valoração da conduta. Destaca que cada categoria do tipo (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade) deve ser observada e sistematizada sob o ângulo de sua função político-criminal, devendo ser analisada ainda a ofensa ao bem jurídico tutelado (a relevância da ofensa – justificando tal exigência com o princípio da insignificância).

Com relação ao delito culposos, segundo Roxin, este só se aperfeiçoa se o resultado decorrer exatamente da referida violação do dever de cuidado. Ou seja, o resultado deve representar uma realização do risco não permitido que o dever de cuidado consubstanciado no tipo pretendia prevenir. No pertinente à culpabilidade, esta deve ser verificada em conjunto com a necessidade da pena. Porém, deve-se entender punição não como consequência necessária da culpabilidade, mas sim introduzir a necessidade da pena na categoria da responsabilidade.

Assim, de forma sucinta, pode-se dizer que Roxin procurou romper todas as linhas divisórias entre direito penal e política criminal. Parte da premissa de que só é imputável ao agente a conduta que cria ou incrementa o risco proibido relevante e desde que esse risco se concretize no resultado.

Em que pese certa relutância, constata-se que a teoria de Roxin e seu funcionalismo teleológico ingressam lentamente na doutrina e na jurisprudência brasileira, cada vez mais almejando decisões justas e que concretizem os direitos trazidos na Carta Magna de 1988 e condizentes com um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Lédio Rosa de. **Direito Penal Diferenciado**. Tubarão: Studium, 2002.

BIANCHINI, Alice. **Direito Penal: introdução e princípios fundamentais**. Alice Bianchini, Antonio García-Pablos de Molina, Luiz Flávio Gomes – 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

CALLEGARI, André Luís. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

CALLEGARI, André Luís; Lynett, Eduardo Montealegre; Jakobs, Gunther; Meliá, Manoel Cancio. **Direito Penal e funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

COSTA JR., Paulo Jose da. **Nexo Causal**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DELMANTO, Celso et al. **Código penal comentado**. 7. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. **STJ aceitou a teoria da imputação objetiva**. Disponível em: <http://www.ipclfg.com.br/teoria-constitucionalista-do-delito/stj-aceitou-a-teoria-da-imputacao-objetiva/>. Acesso em: 13 jan 2013.

_____. **A conduta deve ser valorada com o critério de Roxin: criação ou incremento de um risco penal relevante**. Disponível em: <http://www.ipclfg.com.br/teoria-constitucionalista-do-delito/a-conduta-deve-ser-valorada-de-acordo-com-o-criterio-de-roxin-criacao-ou-incremento-de-um-risco-proibido-relevante/?preview=true>. Acesso: 13 jul 2012.

_____. **Teoria constitucionalista do delito e imputação objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Direito penal: parte geral, volume 1**. – 2. ed. rev. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: IELF, 2004. (Série Manuais para Concursos e Graduação – coordenação geral Luiz Flávio Gomes).

GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal**. Tradução André Luís Callegari – 3. ed. rev. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Fundamentos do direito penal.** Tradução André Luís Callegari, colaboração Lúcia Kalil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

JESUS, Damásio E. de. **Imputação objetiva.** 3. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **A teoria da imputação objetiva e o direito penal brasileiro.** Disponível em: http://ww3.lfg.com.br/artigos/A_teor_da_imputacao_objetiva.pdf. Acesso em: 20 out 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal.** 19. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral/parte especial.** 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao código penal: doutrina; casuística; conexões lógicas com os vários ramos do direito.** 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

QUEIROZ, Paulo. **Funções do direito penal.** 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2005.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**, org. e trad. André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli – 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

_____. **Política criminal e sistema jurídico-penal**, tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002 (a).

_____. A Teoria da Imputação Objetiva. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** São Paulo, ano 10, n. 38, p. 11 a 31, abr/jun 2002 (b).

_____. Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** São Paulo, ano 9, n. 35, p. 103 a 119, jul/set 2001.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.** 2. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SOUZA JUNIOR, Carlos Miguel Villar de. **Funcionalismo Penal: Aportes sobre uma teoria axiológica do direito penal.** Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima4-Professor/anima4-Carlos-Miguel.pdf>. Acesso em: 15 jul 2012.

STIVANELLO, Gilbert Uzêda. **Teoria da imputação objetiva.** Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/revista/numero22/artigo10.pdf>. Acesso em: 02 jan 2013.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista.** Tradução, prefácio e notas Luiz Regis Prado. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

ZAFFARONI, E. Raúl... [et al]. **Direito Penal Brasileiro, segundo volume: teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade.** 2. Edição, outubro de 2010. Rio de Janeiro: Revan, 2010.